La création du tribunal penal international pour l'ex-yougoslavie

Sommaire

I. Une création devenue nécessaire

A. Le conflit yougoslave

La guerre en Yougoslavie qui débute au début des années 1990 constitue un traumatisme certain pour l'Europe car c'est la première fois depuis la Seconde Guerre Mondiale qu'une guerre se déclenche sur ce continent. Cette guerre est d'autant plus traumatisante qu'elle repose sur des rivalités d'ordre ethnique : des massacres de populations civiles sont commis au nom de la « purification ethnique ».

En outre, la relative impuissance des différents pays européens à contrer cette guerre, leur difficulté à trouver une position commune pour condamner les différents belligérants renforcent sans doute l'idée qu'il faut intervenir sur le plan juridictionnel afin de sanctionner les responsables de cette guerre. Elle est renforcée par l'échec de créer une juridiction afin de juger un certain nombre de responsables irakiens pour les actes commis au Koweit après son invasion par l'armée irakienne en 1991.

L'idée de créer une juridiction *ad hoc* germe ainsi rapidement. R. BADINTER, l'ancien ministre français de la Justice, et président de la « Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie » fait une proposition en ce sens au printemps 1992. Durant la conférence de Londres sur l'ex-Yougoslavie en août 1992, le ministre des affaires étrangères allemand, K. KINKEL, propose la

création d’un tribunal suivie par la France. Cette proposition est inscrite dans l’acte final de la conférence. Elle rejoint des propositions faites dans le cadre de l’ONU.

B. Les textes fondateurs

A la différence de la situation après la seconde Guerre Mondiale, il existait une instance dans le cadre duquel une telle juridiction pouvait naître : l’Organisation des Nations Unies. En s’inscrivant dans un tel cadre on pouvait espérer que le tribunal échappe au reproche d’impartialité et de « justice des vainqueurs » qui entachent les expériences de Nuremberg et encore plus de Tokyo.

Qui plus est le Conseil de Sécurité en tant que garant de la paix internationale était étroitement concerné par ce sujet. Durant la seconde moitié de l’année 1992, il reçoit différentes propositions visant à la création d’une telle juridiction. Deux grandes lignes opposées se dégagent : l’une italo-française proposant la création d’un tribunal indépendant, l’autre russo-américaine proposant un tribunal placé sous l’autorité du Conseil de sécurité.

Le Conseil de sécurité retient la première option et dans une résolution 808 du 22 février 1993, il décide du principe de création de cette juridiction internationale.

Résolution 808 (1993) (adoptée le 22 février 1993)

Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant sa résolution 713 (1991) du 25 septembre 1991 et toutes les résolutions pertinentes qui ont suivi,

Rappelant le paragraphe 10 de sa résolution 764 (1992) du 13 juillet 1992, dans lequel il a réaffirmé que toutes les parties sont tenues de se conformer aux obligations découlant du droit humanitaire international, et en particulier des Conventions de Genève du 12 août 1949, et que les personnes qui commettent ou ordonnent de commettre de graves violations de ces conventions sont individuellement responsables à l'égard de telles violations,

Rappelant également sa résolution 771 (1992) de 13 août 1992, dans laquelle il exigeait notamment que toutes les parties et les autres intéressés dans l'ex-Yougoslavie, ainsi que toutes les forces militaires en Bosnie-Herzégovine mettent immédiatement fin à toutes violations du droit humanitaire international,

Rappelant aussi sa résolution 780 (1992) du 6 octobre 1992, dans laquelle il priait le Secrétaire général de constituer d'urgence une commission impartiale d'experts chargée d'examiner et d'analyser l'information fournie en vertu des résolutions 771 (1992) et 780 (1992), ainsi que toute autre information que la Commission d'experts pourra obtenir, en vue de fournir au Secrétaire général ses conclusions sur les violations graves des Conventions de Genève et les

autres violations du droit humanitaire international dont on aurait la preuve qu'elles ont été commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie,

Ayant examiné le rapport intérimaire de la Commission d'experts établie par la résolution 780 (1992) (S/25274), dans lequel la Commission estime qu'une décision établissant un tribunal international spécial pour connaître des événements survenus sur le territoire de l'ex-Yougoslavie serait conforme à l'orientation de ses travaux,

Se déclarant une nouvelle fois gravement alarmé par les informations qui continuent de faire état de violations généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, notamment celles qui font état de tueries massives et de la poursuite de la pratique du "nettoyage ethnique",

Constatant que cette situation constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales,

Résolu à mettre fin à de tels crimes et à prendre des mesures efficaces pour que les personnes qui en portent la responsabilité soient poursuivies en justice,

Convaincu que, dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international permettrait d'atteindre cet objectif et contribuerait à la restauration et au maintien de la paix,

Prenant note à cet égard de la recommandation des Coprésidents du Comité directeur de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie en faveur de la création d'un tel tribunal (S/25221),

Prenant également note avec une profonde préoccupation du "rapport de la Mission d'enquête de la Communauté européenne sur le traitement réservé aux femmes musulmanes dans l'ex-Yougoslavie" (S/25240, annexe I),

Prenant en outre note du rapport d'un comité de juristes français présenté par la France (S/25266), du rapport d'une commission de juristes présenté par l'Italie (S/25300) et du rapport présenté par le Représentant permanent de la Suède au nom de la Présidence en exercice de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) (S/25307),

1. Décide la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991;

2. Prie le Secrétaire général de soumettre le plus tôt possible à l'examen du Conseil de sécurité, et si possible au plus tard 60 jours après l'adoption de la présente résolution, un rapport analysant cette question sous tous ses aspects, comportant des propositions concrètes et, le cas échéant, des options, pour la mise en oeuvre efficace et rapide de la décision contenue au paragraphe 1 ci-dessus, compte tenu des suggestions avancées à cet égard par des Etats Membres;

3. Décide de rester activement saisi de la question.

Par la résolution 827 du 25 mai 1993, il décide de la création du TPIY et de l'adoption de son statut.

RESOLUTION 827 (1993) ADOPTEE LE 25 MAI 1993) (S/RES/827 (1993))

Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant sa résolution 713 (1991) du 25 septembre 1991 et toutes les résolutions pertinentes qui ont suivi,

Ayant examiné le rapport établi par le Secrétaire général (S/25704 et Add.1) en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993),

Se déclarant une nouvelle fois gravement alarmé par les informations qui continuent de faire état de violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et spécialement dans la République de Bosnie-Herzégovine, particulièrement celles qui font état de tueries massives, de la détention et du viol massifs, organisés et systématiques des femmes et de la poursuite de la pratique du "nettoyage ethnique", notamment pour acquérir et conserver un territoire,

Constatant que cette situation continue de constituer une menace à la paix et à la sécurité internationales,

Résolu à mettre fin à de tels crimes et à prendre des mesures efficaces pour que les personnes qui en portent la responsabilité soient poursuivies en justice,

Convaincu que, dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie, la création d'un tribunal international, en tant que mesure spéciale prise par lui, et l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international permettraient d'atteindre cet objectif et contribueraient à la restauration et au maintien de la paix,

Estimant que la création d'un tribunal international et l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de telles violations du droit humanitaire international contribueront à faire cesser ces violations et à en réparer effectivement les effets,

Prenant note à cet égard de la recommandation des Coprésidents du Comité directeur de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie en faveur de la création d'un tel tribunal (S/25221),

Réaffirmant à cet égard qu'il a décidé, par la résolution 808 (1993), la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991,

Considérant que, jusqu'à la nomination du Procureur du Tribunal international, la Commission d'experts établie par la résolution 780 (1992) devrait continuer à rassembler de manière urgente l'information sur les violations graves dont on aurait la preuve des Conventions de Genève et d'autres violations du droit humanitaire international, comme cela est proposé dans son rapport intérimaire (S/25274),

Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies,

1. *Approuve* le rapport du Secrétaire général;

2. *Décide* par la présente résolution de créer un tribunal international dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1er janvier 1991 et une date que déterminera le Conseil après la restauration de la paix, et d'adopter à cette fin le Statut du Tribunal international annexé au rapport ci-dessus mentionné;

3. *Prie* le Secrétaire général de soumettre aux juges du Tribunal international, dès qu'ils seront élus, toutes suggestions présentées par des Etats en ce qui concerne le règlement prévu à l'article 15 du Statut du Tribunal international;

4. *Décide* que tous les Etats apporteront leur pleine coopération au Tribunal international et à ses organes, conformément à la présente résolution et au Statut du Tribunal international et que tous les Etats prendront toutes mesures nécessaires en vertu de leur droit interne pour mettre en application les dispositions de la présente résolution et du Statut, y compris l'obligation des Etats de se conformer aux demandes d'assistance ou aux ordonnances émanant d'une chambre de première instance en application de l'article 29 du Statut;

5. *Prie instamment* les États et les organisations gouvernementales et non gouvernementales d'apporter au Tribunal international des contributions sous forme de ressources financières, d'équipements et de services, y compris l'offre de personnels spécialisés;

6. *Décide* que la décision relative au siège du Tribunal international est subordonnée à la conclusion entre l'Organisation des Nations Unies et les Pays-Bas d'arrangements appropriés qui soient acceptables par le Conseil de sécurité et que le Tribunal international peut siéger ailleurs quand il le juge nécessaire pour l'exercice efficace de ses fonctions;

7. *Décide également* que la tâche du Tribunal sera accomplie sans préjudice du droit des victimes de demander réparation par les voies appropriées pour les dommages résultant de violations du droit humanitaire international;

8. *Prie* le Secrétaire général de mettre rapidement en oeuvre la présente résolution et de prendre en particulier des dispositions pratiques pour que le Tribunal international puisse fonctionner de manière effective le plus tôt possible et de lui faire rapport de temps à autre;

9. *Décide* de demeurer activement saisi de la question.

II. Un fondement juridique controversé

Une des difficultés majeures pour la création du TPIY a été de trouver le fondement juridique autorisant sa création.

A. Le refus d'un Traité indépendant

La solution la plus sûre juridiquement pour créer un tribunal pénal international est la rédaction d'un Traité dont ce serait l'objet spécifique, à l'instar de ce qui a été fait d'ailleurs pour créer la Cour Pénale Internationale.

Cependant, cette solution était totalement inappropriée dans le cas d'espèce. Premièrement, il est évident que les Républiques de l'ex-Yougoslavie auraient refusé de ratifier ce Traité, elles n'en auraient reconnues ni la compétence ni la légitimité. Deuxièmement, il faut un certain nombre de ratifications pour qu'un Traité entre en vigueur. Même en admettant qu'on choisisse un nombre peu élevé de ratification il aurait fallu un certain laps de temps afin de les atteindre. Troisièmement, la rédaction d'un Traité et son processus de ratification est long. Or la création du TPIY est placé sous le signe d'une certaine urgence. Les Nations Unies souhaitaient montrer qu'elles étaient actives, les membres du Conseil de sécurité voulaient trouver rapidement une solution à la crise yougoslave et la création d'une telle juridiction pénale en faisait pleinement partie. Cette voie n'a donc pas été explorée.

B. Une base juridique trouvée dans la Charte des Nations Unies

Le Conseil de sécurité a cherché un fondement juridique dans la charte des Nations-Unies lui permettant de fonder une telle instance. Deux dispositions de la Charte paraissait possible pour créer ce tribunal.

Première option : l'article 29 de la Chartre de l'ONU

Le Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions.

L'emploi de l'article 29 n'était pas possible dans la mesure où le Conseil de sécurité souhaitait créer un tribunal indépendant. Or les instances créées sur la base de cette disposition sont par nature dépendantes du Conseil de sécurité.

Seconde option : l'article 41 de la Charte de l'ONU

Article 39

Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

Article 41

Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques.

Le Conseil de Sécurité ayant exclu l'article 29 décide de s'appuyer sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unis qui lui permet d'agir en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression. Ayant constaté que « que cette situation [en Yougoslavie] constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales » dans ces deux résolutions 808 et 827, le Conseil de Sécurité peut activer le chapitre VII de la Charte. Il se fonde alors sur l'article 41 de la Charte l'autorisant à décider des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée pour estimer qu'un tribunal pénal international doit être créé.

On peut estimer qu'il s'agit là d'une interprétation un peu forcée du texte. Le Conseil de sécurité est en droit de mettre en œuvre l'article 41 de la Charte afin de « maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales ». D'aucuns diront qu'un tribunal ne peut avoir une telle fonction. En outre, il n'est pas évident que les rédacteurs de la Charte n'aient jamais pensé que l'article 41 puisse fonder une juridiction pénale internationale. En effet, cette disposition énumère le type de mesures pouvant être prises : il s'agit pour l'essentiel de mesures visant à l'interruption des relations économiques et diplomatiques avec un Etat. Cependant cette liste de mesures n'est pas limitative comme le souligne sa rédaction : les mesures de l'article 41 « peuvent comprendre » ce type de décisions, elles n'empêchent donc pas le Conseil de Sécurité de choisir d'autres mesures qui lui semblent appropriées.

En outre, le recours à l'article 41 dispense le Conseil de sécurité de consulter l'Assemblée générale, ce qui a soulevé de nombreuses contestations.

Il convient de rappeler qu'il paraît logique que l'article 41 de la Charte des Nations Unies ne prévoit pas le recours à l'Assemblée générale des Nations Unies. Premièrement, cette dernière a pour l'essentiel une fonction consultative dans le processus décisionnel aux Nations Unies. Secondement, c'est le Conseil de sécurité qui est chargé en propre de veiller au maintien ou au rétablissement de la paix.

Cependant cette omnipotence du Conseil de sécurité est régulièrement mise en cause et ce fut le cas au moment de la création du TPIY. De nombreux Etats membres de l'ONU ont contesté la base juridique retenue pour cette création et ont souhaité, pour le moins, que l'Assemblée générale soit consultée. Ils ont notamment soutenu l'idée que le statut du TPIY devait être soumis au vote de l'Assemblée générale, ce qui a été refusé par le Conseil de sécurité.

Celui-ci avait sans doute pour motivation première, outre la défense de ses prérogatives, la crainte des suites qu'une telle procédure entraînerait. En effet, un vote au sein de l'Assemblée générale impliquait une discussion sur le statut et des modifications du texte. Or le Conseil de sécurité souhaitait intervenir rapidement. En outre, les modifications qui auraient découlé d'une discussion au sein de l'Assemblée générale auraient pu remettre en cause la cohérence du statut car la négociation d'un texte international et son vote impliquent nécessairement des compromis dans la rédaction du texte. Or ce type de texte qui met en place une procédure visant à juger pénalement des personnes ne peut supporter la moindre approximation ni laisser trop de place à l'interprétation afin de protéger les droits de la défense. La rapidité et l'efficacité a conduit le Conseil de Sécurité à écarter toute intervention de l'Assemblée générale dans la création du TPIY.

Cependant, l'Assemblée générale intervient dans le fonctionnement même du TPIY sur lequel elle exerce un certain droit de regard.

Même si la base juridique retenue peut faire l'objet de certaines critiques, il semble que la solution choisie soit raisonnable. Elle permet notamment de distinguer entre cette juridiction et celle de Nuremberg : en effet, ce n'est pas les vainqueurs du conflit qui ont décidé de juger les vaincus, mais la communauté internationale qui a cherché à trouver une solution juridique dans un cadre respectant autant ce faire que peut la légalité.

III. Les critiques sur la légitimité du TPIY

Outre les questions juridiques que la création du TPIY a soulevé notamment sur la base juridique et la procédure retenue pour le créer, la légitimité du TPIY est mise en cause dès son origine par certains.

Une grande partie des inculpés sont d'origine serbe alors que le TPIY est compétent pour l'ensemble des auteurs d'exactions commises dans l'ex-Yougoslavie quelque soit leur nationalité. Il s'agit en outre de personnes ayant eu des fonctions élevées, du moins par rapport à celles des inculpés des autres nationalités. En outre, les inculpés d'autres nationalités seraient mis en cause essentiellement pour des exactions qui ne visaient pas des serbes. Ainsi les croates seraient poursuivis avant tout pour des crimes commis contre des bosniaques et non pas contre des serbes. D'où le sentiment de certains qu'il s'agirait d'une justice des vainqueurs déguisée mais tout de même d'une justice des vainqueurs. Dans la mesure où ces données sont exactes, elles sont en grande partie liées au contexte dans lequel la guerre s'est déroulée. En effet, dès l'origine des combats, les serbes étaient organisés dans une armée structurée, ce qui pourrait avoir favorisé la commission d'exactions à une plus grande échelle. En outre, il est beaucoup plus aisé d'identifier des responsables qui occupaient nécessairement des fonctions assez élevées puisque le TPIY entend juger les responsables des crimes au plus haut niveau, les donneurs d'ordre. On ne peut pas exclure d'ailleurs qu'il ait aussi choisi de cibler les auteurs les plus évidents et simples à identifier dans un premier temps, ce qui désignait effectivement un certain nombre de responsables serbes. On doit

ainsi remarquer que la pression s'est accrue sur la Croatie ces dernières années pour qu'elle livre des responsables recherchés par le TPIY.

Certains ont aussi contesté que le TPIY soit compétent pour les seuls actes commis durant le conflit yougoslave et qu'échappent ainsi de fait les soldats de l'OTAN pour leur intervention au Kosovo.

On doit constater que le problème de la légitimité du TPIY est surtout soulevé à l'heure actuelle par les inculpés. S. MILOSEVIC avait notamment contesté sa compétence pour le juger.